

Die Rekurrentin beabsichtigte, die von ihr im Jahr 2014 erworbene Liegenschaft zu sanieren. Im Zuge dieser Sanierung sollte das bestehende 2. Dachgeschoss, welches bislang als Abstellfläche genutzt wurde, ausgebaut und künftig zu Wohnzwecken genutzt werden. Die kommunale Baubehörde kam zum Schluss, der Umbau der Liegenschaft bedürfe, da die Gesuchstellerin ausländisch beherrscht sei, einer Bewilligung.

Aus den Erwägungen:

4.1 Die Rekurrentin macht zusammengefasst geltend, vorliegend stehe nicht der Erwerb eines Grundstückes zur Diskussion. Die strittige Liegenschaft stehe bereits im Eigentum der Rekurrentin. Der geplante Ausbau des 2. Dachgeschosses falle daher nach Auffassung der Rekurrentin nicht unter das Bewilligungsgesetz. Es sei zwar zutreffend, dass die Schaffung von neuem Wohnraum einen «Erwerb» im Sinne des BewG darstellen könne. Die Vorinstanz lasse dabei jedoch ausser Acht, dass dieser Wohnraum im 2. Dachgeschoss vorliegend bereits im Rahmen des Kaufs der Liegenschaft miterworben worden sei. Es könnten nämlich beim Erwerb von Betriebsstätten nicht nur die durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebenen Wohnungen miterworben werden, sondern explizit auch die «*dafür reservierten Flächen*». Gemäss Bau- und Zonenordnung der Stadt X (BZO) gelte für das betroffene Grundstück ein Mindestwohnanteil von 20 %. Nach Art. 40 Abs. 2 BZO müssten bei vorgeschriebenem Wohnanteil anrechenbare Flächen im Dachgeschoss dem Wohnen dienen. Somit handle es sich bei den Flächen im 2. Dachgeschoss um durch Wohnanteilsvorschriften für Wohnungen reservierte Flächen. (...) Selbst wenn man davon ausgehen würde, die Fläche des 2. Dachgeschosses müsste aufgrund der Umnutzung zu Wohnfläche noch einmal erworben werden, so wäre dieser Erwerb nicht bewilligungspflichtig. Das Gesetz enthalte keine Vorgaben bzw. keine Höchstgrenze für den Wohnanteil, welcher gestützt auf Art. 2 Abs. 3 BewG im Zuge des Erwerbs eines Betriebsstätte-Grundstücks miterworben werden dürfe. (...)

4.2 Nach Art. 2 Abs. 1 BewG bedürfen Personen im Ausland für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Damit besteht die Bewilligungspflicht gemäss dem Bewilligungsgesetz dann, wenn erstens der Erwerber eine Person im Ausland im Sinne von Art. 5 f. BewG bzw. Art. 2 der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Bewilligungsverordnung [BewV]) ist, zweitens ein Erwerbsvorgang im Sinne von Art. 4 BewG bzw. Art. 1 BewV vorliegt und drittens der Gegenstand des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes ein Grundstück im Sinne von Art. 2 und 4 BewG ist.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung enthält Art. 4 BewG keinen numerus clausus von Vorgängen, welche als Grundstückerwerb zu qualifizieren sind. In einer neueren Entscheidung hielt das Bundesgericht fest, dass die Vergrösserung einer Wohnfläche eines Gebäudes, welches sich im Eigentum einer Person im Ausland befindet, sei es durch Sanierung oder

Aufstockung, als Erwerb im Sinne des BewG gilt (BGr, 10. Juli 2020, 2C_639/2019, E. 6-7).

Keiner Bewilligung bedarf der Erwerb, wenn das Grundstück als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes dient (Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG). Beim Erwerb von Grundstücken nach Absatz 2 Buchstabe a können durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen oder dafür reservierte Flächen miterworben werden (Art. 2 Abs. 3 BewG).

Zu Recht ist unbestritten geblieben, dass es sich bei der Rekurrentin um eine Person im Ausland im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c BewG und Art. 6 BewG handelt.

4.3 Vorab ist zu prüfen, ob die Fläche im 2. Dachgeschoss beim Erwerb der Liegenschaft im Jahr 2014 bereits für durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen reserviert war, wie dies die Rekurrentin geltend macht.

Das streitbetroffene Grundstück liegt gemäss BZO in der Kernzone U und ist mit einer Mindestwohnanteilsvorschrift von 20 % belegt. (...)

Die Umschreibung im Gesetz, wonach «reservierte Flächen für durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen» miterworben werden können, suggeriert, dass der vom Nutzungsplan vorgeschriebene Wohnanteil im Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaft noch nicht erreicht ist. Dies ist vorliegend (...) nicht der Fall. Der Wohnanteil betrug im Zeitpunkt des Erwerbs durch die Rekurrentin bereits mindestens 31 %. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Fläche im 2. Dachgeschoss im Erwerbszeitpunkt für durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen reserviert war. Dasselbe gilt auch unter Berücksichtigung von Art. 40 Abs. 2 BZO, wonach anrechenbare Flächen im Dachgeschoss dem Wohnen dienen müssen, wenn ein Wohnanteil vorgeschrieben ist. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung darf die Wohnfläche nämlich innerhalb des Gebäudes (...) verlegt werden. Das vorliegend strittige Gebäude verfügt bereits heute über mindestens 11 % mehr als der Mindestanteil an Wohnfläche, weshalb ohne Weiteres davon ausgegangen werden könnte, die Fläche sei bereits innerhalb des Gebäudes verlegt worden und sei nicht zwingend im Dachgeschoss zu erstellen.

Die Rekurrentin ging denn auch in ihrem damaligen Gesuch um Nichtbewilligungspflicht im Sinne des BewG davon aus, dass die Fläche im 2. Dachgeschoss nicht anrechenbar sei. Es kann daher nicht angehen, die bisher als Abstellfläche genutzte Fläche im 2. Dachgeschoss nun neu als zur Wohnnutzung reservierte Fläche anzusehen, galt sie doch bisher als nicht anrechenbar und soll sie nun durch den Umbau anrechenbar gemacht werden.

Der Umbau führt somit zu einem Erwerbsvorgang im Sinne des BewG.

4.4 Wie hoch der Anteil Wohnungen für den bewilligungsfreien Miterwerb von Wohnungen gemäss Art. 2 Abs. 3 BewG sein darf, legen weder Gesetz noch Verordnung fest. Die Wegleitung für die Grundbuchämter des Bundesamts für Justiz zum Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 1. Juli 2009 hält diesbezüglich lediglich fest, dass die Befreiung von der Bewilligungspflicht nach Art. 2 Abs. 3 BewG nicht generell für alle Grundstücke, für die Wohnanteilpläne vorgeschrieben sind, gelte, sondern nur für hauptsächlich betrieblich genutzte Grundstücke mit einem untergeordneten Anteil vorgeschriebener Wohnungen (S. 11). In der Lehre ist dieses Thema umstritten.

Nach einer von einem Teil der Lehre vertretenen Auffassung muss aus dem Fehlen ausdrücklicher Einschränkungen im Gesetz geschlossen werden, dass es auch keine solchen gibt. Dies würde bedeuten, dass auch dann, wenn entsprechende Wohnanteilvorschriften einen sehr hohen Anteil an Wohnnutzungen verlangen, diese Wohnungen miterworben werden dürften (vgl. Hanspeter Geissmann/Felix M. Huber/Thomas Wetzel, Grundstückerwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland, 1998, N 144). Gemäss einer anderen Lehrmeinung ist der Erwerb von Wohnungen gestützt auf Art. 2 Abs. 3 BewG nur in einem untergeordneten Mass zulässig. Die Frage, ob bei einem Grundstück die Wohnnutzung oder die gewerbliche Nutzung überwiegt, ist aufgrund des tatsächlichen oder hypothetischen Miet- bzw. Pacht-Ertrags zu beantworten. Wenn der Ertrag der Wohnnutzung über 50 % des Gesamtertrags liegt, fällt das Grundstück in den Geltungsbereich des BewG (Felix Schöbi, Das Bundesgesetz über den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückskauf, 2. A., 2001, N 20). Der neuere Teil der Lehre spricht sich jedoch dafür aus, dass zur Ermittlung der Grundstückeigenschaft auf das Kriterium der Fläche abzustellen ist. Dementsprechend können beim Erwerb einer Betriebsstätte durch Wohnanteilvorschriften vorgeschriebene Wohnungen im Umfang von höchstens einem Drittel der Bruttogeschossfläche ohne Bewilligung miterworben werden (vgl. Christian Baumgartner, Die nachträgliche Feststellung der Bewilligungspflicht für den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland, BJM 2019, S. 81 ff., 90). Diese Lösung sah denn auch der Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) aus dem Jahr 2017 vor. Der Bundesrat verzichtete jedoch nach durchgeführter Vernehmlassung auf eine Revision des BewG, da diese in der Vernehmlassung grossmehrheitlich abgelehnt wurde (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. Juni 2018; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-71200.html>)

Laut Bundesgericht ist der Betriebsstättebegriff nach wie vor restriktiv zu verstehen (vgl. BGr, 22. März 2021, 2C_589/2020, E. 4.6). Dies führt dazu, dass die gewerbliche Nutzung bei Betriebsstätte-Grundstücken klar im Vordergrund stehen muss. Die Lehrmeinung, wonach keine Einschränkungen in Bezug auf den Miterwerb von gemäss Wohnanteilvorschriften zulässigen Wohnungen gelten solle, ist folglich damit nicht vereinbar. Sich bei der Beurteilung jedoch auf ein einzelnes Kriterium (wie z.B. der Fläche) abzustützen, wie dies andere Lehrmeinungen vorschlagen, kann insbesondere

bei Grenzfällen unter Umständen zu einer verzerrten Wahrnehmung führen, weshalb vielmehr eine Gesamtbetrachtung der Situation vorzunehmen ist. So kann neben der Wohnanteilsfläche auch der marktübliche Umsatz der Wohnungen eine massgebende Rolle spielen. Der mit der Wohnnutzung erwirtschaftete Ertrag sollte gegenüber dem mit der gewerblichen Nutzung erzielten Ergebnis deutlich untergeordnet sein (vgl. hierzu auch BRGE I 085/2016 = BEZ 2016 Nr. 46). Diese Ansicht deckt sich denn auch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage, ab wann eine Immobiliengesellschaft gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG vorliegt. Diesbezüglich müssten nämlich gemäss Bundesgericht auch die gesamten Umstände berücksichtigt werden (BGr, 19. November 2009, 2C_355/2009, E. 5.1).

Vorliegend hat die Vorinstanz lediglich auf die Fläche abgestellt, welche für die Wohnnutzung künftig vorgesehen sein soll. Da diese im Verhältnis zur gewerblichen Fläche bereits relativ hoch ist, jedoch noch unter dem Wert liegt, bei welchem klar nicht mehr von einem Betriebsstätte-Grundstück ausgegangen werden könnte, hätte sie weitere Aspekte berücksichtigen müssen. Wie oben ausgeführt, spielt auch der potentielle Mietertrag aus den Wohnungen eine entscheidende Rolle. Liegt dieser nämlich über 50 % des Gesamtertrags der Liegenschaft, so fällt das Grundstück klar in den Geltungsbereich des BewG (vgl. hierzu auch das Urteil des Appellationsgerichts Basel VD.2015.179 vom 16.09.2016, E. 7.2.1; <https://www.appellationsgericht.bs.ch/gerichtsentscheide.html>). Liegt dieser hingegen deutlich unter 50 % des Gesamtertrags der Liegenschaft könnte ein bewilligungsfreier Sachverhalt vorliegen. Dies selbstverständlich unter der Bedingung, dass die von der Rekurrentin genannten, hypothetischen Mietzinse orts- und quartierüblich sind. Die Sache ist daher zu weiteren Abklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.